Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht ...

Max Friedrich Gustav von Rümelin



GERMANY

BERNHARD WINDSCHEID UND SEIN EINFLUSS AUF PRIVATRECHT UND PRIVATRECHTS-WISSENSCHAFT

REDE

GEHALTEN AM

GEBURTSFEST SEINER MAJESTÄT DES KÖNIGS

WILHELM II. VON WÜRTTEMBERG

AM 25. FEBRUAR 1907

IM FESTSAAL DER AULA DER UNIVERSITÄT TÜBINGEN

VON

PROF. Dr MAX RÜMELIN
DERZEITIGEM REKTOR DER UNIVERSITÄT.

TÜBINGEN
BUCHDRUCKEREI VON GEORG SCHNÜRLEN
1907.

Bernhard Windscheid und sein Einfluss auf Privatrecht und Privatrechtswissenschaft.*)

Hochansehnliche Versammlung!

Unter den deutschen Zivilisten, die seit dem Anfang des 19. Jahrhunderts einen starken und nachhaltigen Einfluss auf das Rechtsleben ihrer Zeit ausgeübt haben, ist unzweifelhaft als einer der ersten Bernhard Windscheid zu nennen. Mag immerhin die wissenschaftliche Autorität Savignys eine grössere gewesen sein und sich über die Grenzen Deutschlands hinaus auf die europäische Kulturgemeinschaft erstreckt haben und mag ferner die bahnbrechende Bedeutung der Ihering'schen Jurisprudenz sich in Zukunft noch mehr als bisher enthüllen [1]), so ist es doch keinem der beiden beschieden gewesen, in gleichem Masse wie Windscheid die Praxis zu beherrschen und durch dieses Medium hindurch auf die Gesetzgebung einzuwirken.

Von dem Einfluss, den das Windscheid'sche Pandektenlehrbuch in den Gebieten des sog. gemeinen Rechts gehabt hat, macht

*) Die Rede ist hier so abgedruckt, wie sie ausgearbeitet ist. Beim Vortrag mussten teils mit Rücksicht auf die zu Gebot stehende Zeit teils mit Rücksicht auf die Nichtjuristen unter der Zuhörerschaft mehrfache Auslassungen stattfinden.

1) Dieselbe ist allerdings nicht zu suchen in seiner den „Zweck im Recht" beherrschenden utilitaristischen Rechtsphilosophie, wohl aber in der Befreiung von dem Bann der Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz.

man sich heute kaum mehr eine richtige Vorstellung. Es wird nicht zu viel gesagt sein, wenn ich behaupte, dass im letzten Drittel des vorigen Jahrhunderts in Württemberg und gewiss ebenso an vielen andern Orten, die Mehrzahl aller Rechtsstreitigkeiten schlechtweg nach dem Windscheid'schen Lehrbuch entschieden worden ist. Nicht als ob die höheren Gerichte, z. B. das württ. Obertribunal und spätere Oberlandesgericht, keine Selbständigkeit gezeigt oder bei wissenschaftlichen Streitfragen die Begründung der eigenen Ansicht auf die Quellen unterlassen hätten. Selbstverständlich auch, dass wo eine konstante obergerichtliche Praxis vorhanden war, diese von den unteren Instanzen der Windscheid'schen Ansicht vorgezogen wurde. Aber in den zahlreichen Fällen, in denen es den Untergerichten sowohl an Präjudizien als an der Möglichkeit der Entwicklung des Resultats aus den Quellen fehlte, wurde ohne Weiteres Windscheid zu Grunde gelegt. Im Widerstreit der Meinungen hatte nach Ansicht der meisten Praktiker die sorgfältige und besonnene Abwägung, die sich in Windscheids Pandekten fand, die Vermutung der Richtigkeit für sich. Wer sich auf Windscheid berief, hatte fundatam intentionem.[2])

Diese starke Einwirkung auf die Praxis musste notwendig auch eine entsprechende Beeinflussung des Rechtsstudiums zur Folge haben. In der Zeit vor Erscheinen des Dernburg'schen Lehrbuchs, etwa seit Anfang der 70er Jahre, hatten Windscheids Pandekten sich die unbedingte Vorherrschaft errungen, mochte auch noch vereinzelt der knapper gefasste Arndts benützt werden und die preussischen

2) Eine Hauptausnahme bildete die von Windscheid im Gegensatz zur herrschenden Meinung entwickelte Voraussetzungslehre, die eine sofortige lebhafte Opposition hervorgerufen hatte und bald auch in der Praxis ziemlich allgemeine Ablehnung erfuhr.

Examenseinrichtungen in Verbindung mit einer nicht ohne Schuld der Universitätslehre grossgewordenen Abneigung der preussischen Bureaukratie und der preussischen Corpskreise gegen dieselbe bewirken, dass manche sich mit Baron oder noch schlimmeren Einpaukbüchern begnügten. Während meiner eigenen Studienzeit von 1878—82 war die Autorität des Windscheid'schen Lehrbuchs bei uns allen so gross, dass etwaige Polemik unserer Lehrer in der Vorlesung dagegen kaum irgend welche Aussicht auf Erfolg hatte. Auch nachdem Dernburg auf den Plan getreten war, behauptete trotz der konkreteren und plastischeren, dem Verständnis des Studenten besser angepassten Darstellung seines Lehrbuchs Windscheid in zahlreichen Gebieten, jedenfalls in Württemberg, die erste Stelle, und allenthalben bildete die Benützung der Windscheid'schen Pandekten gewissermassen einen Gradmesser für die Intensität des Studiums. Nicht allein, dass das Werk für jeden, der wissenschaftlich arbeiten wollte, wegen seiner Literaturnachweise unentbehrlich blieb. Auch wer sich an den immer mehr an Bedeutung gewinnenden praktischen Übungen beteiligte, musste erkennen, dass das Windscheid'sche Lehrbuch, wenn man sich einmal richtig eingearbeitet hatte, sichereren Anhalt bot und seltener im Stich liess, als das Dernburg'sche. Es lag in der Natur der Sache, dass die scharf formulierten abstrakten Sätze Windscheids in ihrer Anwendung auf den konkreten Fall dem Anfänger geringere Schwierigkeiten boten als die mehr auf Illustration der Hauptsätze durch einleuchtende glatt zu entscheidende Beispiele ausgehenden, vielfach auf den juristischen Takt und das Billigkeitsgefühl abstellenden Ausführungen Dernburgs. Je geringer die Lebenserfahrung und die Kenntnis der einschlagenden Lebensverhältnisse ist, — und beides

kann beim Anfänger nicht in zureichendem Masse vorhanden sein, — desto grösseren Fehlgriffen ist man bei dem Versuche, eine Entscheidung auf derlei Erwägungen zu gründen, ausgesetzt. Auch abgesehen von dieser Verwertung bei Übungsvorlesungen hatte das Windscheidsche Lehrbuch gewisse pädagogische Vorzüge dadurch, dass es infolge seiner äusserst concisen Darstellung zu intensivster Gedankenarbeit und zu möglichst exakter positivrechtlicher Begründung der einzelnen Resultate erzog.

In die Periode, in der das Ansehen Windscheids und seines Pandektenlehrbuchs in höchster Blüte stand, fiel die Abfassung des ersten Entwurfs zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Da konnte es denn nicht zweifelhaft sein, dass die Zusammenfassung der gesamten gemeinrechtlichen Jurisprudenz, die er geboten hatte, die tiefgehendste Einwirkung auf die Kodifikation ausüben musste. Ausserdem aber lag es ausserordentlich nahe, dass man sich auch seiner Mitwirkung bei der Gesetzgebungsarbeit zu versichern suchte, und obwohl er im ganzen nur 2 Jahre an den gemeinschaftlichen Beratungen in Berlin sich beteiligte[3]) und nach Fertigstellung des allgemeinen Teils seine Lehrtätigkeit zu Leipzig wieder aufnahm, darf man doch wohl bei seiner ganzen wissenschaftlichen Stellung annehmen, dass auch der persönliche Einfluss kein geringer gewesen ist. Hat ja doch z. B. auch seine sonst überwiegend abgelehnte Voraussetzungslehre eine teilweise und vorübergehende Aufnahme gefunden.[4]) So kam es, dass

3) Er hat, von der badischen Regierung zum Mitglied ernannt, der Kommission von 1874—1882 angehört. An den Beratungen zu Berlin hat er von 1880—1882 teilgenommen.

4) Im ersten Entwurf § 742—744.

der erste Entwurf sowohl in seiner Fassung als in einem grossen Teil seines Inhalts das Gepräge Windscheids trug. Er trug es in einer Weise, dass von einem Kritiker (dem Reichsgerichtsrat Bähr) das Wort gewagt werden konnte, man habe einen kleinen, in Paragraphen gefassten Windscheid vor sich. Im weiteren Verlauf hat zwar eine Emanzipation von diesem überwiegenden Einfluss stattgefunden. An zahlreichen Punkten ist der einseitige Romanismus des ersten Entwurfs zurückgedrängt worden zu Gunsten deutscher Rechtsgedanken, an manchen Stellen hat die allmähliche Gewöhnung der deutschen Juristenwelt an legislativpolitische Fragestellung auf dem Gebiete des Privatrechts zur Einführung neuer Gedanken Anlass gegeben. Auch manche die freie Bewegung der Wissenschaft und Praxis allzu sehr beschränkende Fessel ist gefallen, so dass das Gesetz in seiner jetzigen Gestalt trotz aller Kompromisse und trotz seines eklektischen Standpunkts einen Fortschritt gegenüber der ursprünglichen Fassung darstellt. Aber immer noch herrscht, wie es ja kaum anders sein konnte, auf grossen Gebieten, namentlich innerhalb der beiden ersten Teile, in dem allgemeinen Teil und dem Recht der Schuldverhältnisse, die im Windscheid'schen Lehrbuch verkörperte Pandektendoktrin vor; immer noch begegnet man im Gesetzbuch überaus häufig Windscheid'scher Problemstellung und Formulierungsmethode.

Suchen wir nun die wissenschaftliche Persönlichkeit des Manns, der eine solche Stellung in der Rechtsgeschichte seiner Zeit eingenommen hat, und der auch heutzutage eine Grossmacht darstellt, mit der man sich notwendig auseinandersetzen muss, noch einmal uns vor Augen zu führen.

Das literarische Porträt Windscheids ist wiederholt gezeichnet

worden, zunächst in verschiedenen Nekrologen kurz nach seinem Tod, am treffendsten meines Erachtens von Landsberg, neuestens in pietätvoller Weise von seinem Schwiegersohn Oertmann bei Herausgabe einer Sammlung von Reden und Abhandlungen.[5]) Ich vermag dem in seinen Grundzügen feststehenden Bilde aus eigener Erinnerung[6]) nur wenige Striche hinzuzufügen. Es wird sich mehr darum handeln, da und dort die richtige Linie zwischen divergierenden Auffassungen zu finden und an einzelnen Stellen zu versuchen, gewisse übereinstimmend beobachtete Erscheinungen auf ihre psychologischen Ursachen zurückzuführen. — Das Gesamtbild, das uns entgegentritt, ist nicht das Bild eines grossen und genialen, wohl aber eines hochbegabten, in den Grundzügen seines Wesens höchst sympathischen jedem die grösste Hochachtung abnötigenden Mannes, eines Mannes, dessen Persönlichkeit, was Gerechtigkeitssinn und allgemeinen ethischen Gehalt anlangt, sich jeder Jurist als nachahmenswertes Vorbild vor Augen halten kann. Der Eindruck, der sich aus den Windscheid'schen Schriften vor

5) Landsberg in der Beilage zur Münchner allgemeinen Zeitung 1892 Nr. 278. Derselbe in der Nation 1892 Nr. 6. Eck in einem Vortrag zur Feier des Gedächtnisses von B. Windscheid u. R. v. Ihering, gehalten in der jur. Gesellschaft zu Berlin am 17. Dez. 1892. Kuntze: Bernhard Windscheid †, im sächs. Archiv 2. Bd. (1892) S. 673 ff. Kohler in der Zukunft Bd. II Nr. 16 und 17, über Windscheid S. 54—63 und über Windscheid u. Ihering S. 113—118. E. J. Bekker: 4 Pandektisten, in der Festschrift der Universität zur Centenarfeier ihrer Erneuerung durch Karl Friedrich (1903), P. Oertmann in der Einleitung zu B. Windscheids gesammelten Reden und Abhandlungen 1904 (zu erwähnen auch zu letzteren P. Zirndorfer in der Frankfurter Zeitung vom 24. September 1905 4. Morgenblatt).

6) Ich habe Windscheid im Sommer 1880 und später noch einmal im Feb. 1886 in einzelnen Stunden als Doktor und angehender Dozent gehört und durfte bei letzterer Gelegenheit und später als Professor in Halle auch in persönlichen Verkehr mit ihm treten.

allem aufdrängt, und der durch seinen Lehrvortrag in gleicher Weise bestätigt wurde, ist der einer gehaltenen Ruhe, der grösstmöglichen Objektivität und der vollendeten Gewissenhaftigkeit und Pflichttreue. In Verbindung damit stand ein würdevolles, fast feierliches äusseres Auftreten, das übrigens niemals den Eindruck künstlicher Pose hinterliess, sondern der notwendige Ausfluss der ganzen Persönlichkeit zu sein schien. Es ist in einem der Nekrologe die Frage aufgeworfen worden, ob die geschilderten Züge Windscheid von Haus aus eigentümlich, in seinem Temperament begründet, oder nur das Resultat eines langwierigen Prozesses streng geübter Selbstzucht gewesen seien.[7]) Es werde von Juristen, deren Erinnerung weiter zurückreicht, berichtet, dass er früher durchaus nicht so leidenschaftslos kühl, sondern von starken Sympathien und Antipathien beherrscht gewesen sei. Mag dem sein, wie ihm wolle, eines erscheint sicher: Ein erhebliches Mass von Zentralität oder Konzentrationsfähigkeit, wie es einmal mein Vater in seiner Rede über die Temperamente genannt hat, muss ihm von Natur geeignet haben. Mit dem Ausdruck Zentralität soll der Widerstand bezeichnet werden, den die Gesamtpsyche den einzelnen Vorstellungen und Handlungsreizen gegenüberstellt. Ein stark impulsives Temperament, wie es beispielsweise Ihering besass, bei dem jener Hemmungsapparat nicht mit solch ursprünglicher Sicherheit funktioniert, sondern erst durch bewusste Willenstätigkeit in Bewegung gesetzt werden muss, wird sich selbst bei der schriftstellerischen Arbeit nicht leicht zu jener Objektivität durchzuringen vermögen, wie sie Windscheid von Anfang an in seinen literarischen Leist-

7) So Landsberg in der allgemeinen Zeitung.

ungen an den Tag legte. Mindestens müsste durch das fortwährende Eingreifen jener Willenskontrolle die Produktion bedeutend erschwert und verlangsamt werden. Das Mass der Erregbarkeit, die Stärke der Empfindungen, sowie die Raschheit der Vorstellungsassoziationen ist von jener Eigenschaft der Zentralität unabhängig, und desshalb wäre es mit dem gezeichneten Bilde durchaus vereinbar, wenn von einem intensiven Empfindungsleben berichtet wird, das sich dann wohl wesentlich im vertrauten Kreise und früher mehr als später Geltung verschaffte.

Die strengen Anforderungen, die Windscheid an sich selbst stellte, übertrug er naturgemäss auch auf andere. Die Pflicht ernster Arbeit pflegte er wie bei seinen öffentlichen Reden auch in seinen Vorlesungen wiederholt und eindringlich ans Herz zu legen, und selbst bei geselligem Zusammensein konnte es vorkommen, dass er dem Studenten den kategorischen Imperativ zu Gemüte zu führen suchte. So erinnere ich mich noch deutlich eines Abends, an dem wir bei Windscheid zu Gaste waren und die Rede vom studentischen Standpunkt aus auf die fehlenden landschaftlichen Reize der Alma Mater Lipsiensis und eine gewisse Schwierigkeit der Akklimatisation für die Süddeutschen kam. Da erklärte Windscheid mit Nachdruck, dass man solchen Sentimentalitäten nicht nachgeben dürfe, für einen jungen Mann komme es darauf an, wo er etwas lernen könne, für das reifere Alter, wo man am meisten zu leisten vermöge. — Dabei machte sich jedoch dem Schüler gegenüber keineswegs Schroffheit oder Härte geltend. Von der angeblichen rauhen Schale, von der sein Kollege Kuntze in seinem Nekrolog spricht, habe ich niemals etwas bemerkt. Wenn in seinen Übungen ohne hinreichende Sachkenntnis

darauf los geredet wurde, — und das kam öfters vor, da namentlich die sächsischen Studenten bekanntermassen nicht gerade wortkarg sind und ihr Licht nicht unter den Scheffel zu stellen pflegen — konnte man meistens nur beobachten, wie sein ausdrucksvoller Mund sich in schmerzliche Falten legte. Einen förmlichen Tadel habe ich nur einmal gehört, als der mit dem Referat über eine Stelle beauftragte Praktikant es unterlassen hatte, sich über die Bedeutung der ihm unbekannten lateinischen Worte zu orientieren. — Zum angehenden Dozenten und jungen Kollegen sprach er, wie ich aus eigener Erfahrung bezeugen kann, nicht ex cathedra, wie man es vom Verfasser eines Lehrbuchs und gar des herrschenden Lehrbuchs wohl hätte erwarten können. Er war gewohnt nachzuprüfen und zu vervollständigen und daher auch bereit, den Gründen eines anderen sein Ohr zu öffnen. Die Sucht des Rechtbehaltenwollens lag seinem trotz aller Erfolge die eigenen Leistungen bescheiden einschätzenden Wesen durchaus fern. Aus diesem Grund blieb er auch bei der literarischen Verteidigung seiner Ansichten massvoll in der Polemik, nur vereinzelt dringt, wie z. B. bei der Abwehr gegen Muther, eine gewisse, durch die Heftigkeit des Angriffs übrigens wohl erklärte Gereiztheit durch. Im Hörsaal habe ich persönliche Polemik niemals von ihm vernommen. Dass er sich in seinem Lehrbuch zu einer Art Richter über die gesamte Literatur aufwarf und dabei teils ausdrücklich teils auch nur durch die Art und Weise des Citierens gute und schlechte Noten austeilte, mag ja wohl manchen, der dabei weniger günstig abschnitt, verstimmt haben. Dass diese Kritik immer vom gewissenhaftesten Streben nach Objektivität getragen war, wird allgemein zugegeben. Die constans ac perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi, die einen

so wesentlichen Charakterzug Windscheids ausmachte und auf der nicht zum wenigsten sein Ansehen und seine allgemeine Beliebtheit beruhte, kam hier zu ihrer vollen Geltung.

Auf der Seite der intellektuellen Begabung fällt vor allem die Klarheit des ordnenden und sichtenden Verstandes ins Auge. Windscheid versteht es meisterhaft zu abstrahieren, aus einem gegebenen konkreten Material von Erscheinungen die gemeinsamen Merkmale herauszufinden und demgemäss die Gegenstände zu gruppieren. Infolgedessen war er wie irgend einer befähigt, die in den Detailentscheidungen der römischen Juristen enthaltenen allgemeinen Gedanken und Prinzipien auszuschöpfen und soweit dies möglich, die zusammenfügende Arbeit der justinianischen Kompilatoren fortzusetzen. Mit denselben Eigenschaften hängt die geradezu erstaunliche rezeptive Fähigkeit zusammen, die er bei der Verarbeitung der gemeinrechtlichen Literatur an den Tag gelegt hat, die Fähigkeit sofort die entscheidenden Punkte einer Argumentation herauszufinden und mit kurzen Strichen wiederzugeben. Dass die geschilderte Verstandesrichtung auch die kritische Tätigkeit begünstigte, ihn dazu disponierte, die logischen Schwächen einer fremden Beweisführung rasch ausfindig zu machen, liegt auf der Hand.

Nicht gleichen Schritt mit diesen Vorzügen hielt — und darin lag die wesentlichste Beschränkung seiner Begabung, — die Entwicklung der Phantasie. Es war Windscheid nicht so wie Ihering oder Dernburg vergönnt, mit dem inneren Auge lebendige Bilder zu schauen, und diese Bilder zu vergleichen, nebeneinanderzustellen und zu neuen Gestaltungen zusammenzufügen. Dadurch wurde zunächst sein Verhältnis zur Rechtsgeschichte bedingt, der er, ähnlich wie

Wächter, nur eine untergeordnete Stellung einzuräumen geneigt war. Seine Gestaltungskraft reicht nicht aus, um aus einer Anzahl erhaltener Bruchstücke ein Rechtsinstitut zu rekonstruieren, um sich in die Lebensverhältnisse und Anschauungen einer vergangenen Zeit einzufühlen. Die Erkenntnis der eigenen Unsicherheit in solchen Dingen aber ist für sich allein schon geeignet, die Wertschätzung der betreffenden Arbeit zu beeinflussen. Wem die Intuition fehlt, um das Wechselverhältnis zwischen Rechtsinstitutionen und allgemeiner Kulturentwicklung lebendig zu erfassen, der wird leicht auf den Standpunkt gedrängt werden, den Wert der Rechtsgeschichte für die Rechtswissenschaft lediglich in dem Nutzen für die Auslegung des geltenden Rechts zu suchen.[8])

In gleicher Weise musste sich der Mangel an schöpferischer Phantasie zeigen, wenn es galt, ohne Anhalt an irgend welchen Gesetzesstellen oder an einem schon entwickelten Gewohnheitsrecht neues Recht zu schaffen. Dazu ist vor allem erforderlich, dass man möglicherweise auftauchende Interessenkollisionen, noch nicht dagewesene Fälle,

8) In der Leipziger Rektoratsrede über die Aufgaben der Rechtswissenschaft (Ges. Reden und Abhandl. S. 109) sagt Windscheid: „für die spezifischen Zwecke der Rechtswissenschaft hat die Rechtsgeschichte Wert nur insofern, als sie etwas beiträgt zur Erkenntnis des anzuwendenden (nicht wie Oertmann, Einleitung S. XXX, citiert, des werdenden) Rechts. Es ist wohl kaum zu weit gegangen, wenn man die Windscheid'schen Worte nur auf die unmittelbare Verwertbarkeit zum Zwecke der Exegese bezieht. Jedenfalls hat er selbst in keinem andern Sinn von der Rechtsgeschichte Gebrauch gemacht, insbesondere nicht zu dem Zweck, um aus der Entwicklung der Lebensverhältnisse und dem Verlauf der Kulturbewegung Anhaltspunkte für die Fortbildung des Rechts zu entnehmen. — Im übrigen war freilich die Opposition gegen eine zu einseitige Betonung philosophisch-historischer Studien nach dem was vorausgegangen war, nicht ungerechtfertigt.

vorausschauend sich zu konstruieren vermag, und gerade hier sehen wir wieder, dass Windscheids Können versagt und dass er derartigen Versuchen, an denen er sich selbst nicht beteiligt, ablehnend gegenübersteht. Die oft hervorgehobene konservative Richtung der Windscheid'schen Jurisprudenz dürfte hierin eine ihrer Hauptursachen gehabt haben.

Endlich machte sich die verhältnismässig geringe Entwicklung der Phantasietätigkeit auch geltend in der Darstellung, insbesondere bei Lehrvortrag und Rede. Wenn in einem der Nekrologe, von Kuntze, betont wurde, dass man sich beim Windscheid'schen Vortrag durch die gestaltvollen Wendungen des Gedankenausdrucks gefesselt und gehoben gefühlt habe, dass alles was er sagte, interessant wurde durch die Art wie er es sagte, so vermag ich dem nicht ganz beizupflichten. In geistreichen aparten Ausdrucksformen, im Heranziehen treffender Bilder lag nach meiner Erinnerung, — und diese Erinnerung wird durch die gedruckt vorliegenden Reden bestätigt — Windscheids Stärke nicht. Ein möglichst einfach und sachlich gehaltener Vortrag, wie er seiner Art am besten entsprach, bildete die Regel, und mit Recht, da mindestens bei allen vielstündigen Vorlesungen zu reichlich angewandte lumina orationis ermüdend wirken und speziell in der Jurisprudenz die Versuche poetischen Schwungs nicht bloss häufig die Klarheit des Gedankens beeinträchtigen, sondern auch dem ästhetischen Gefühl vieler widerstreben. Wo Windscheid zu einer gehobenen Diktion greifen zu müssen glaubt, wie vor allen Dingen bei akademischen Reden, da strömen ihm offensichtlich die Pointen und Bilder nicht im Überfluss zu, sondern sie müssen gesucht und ausgearbeitet werden. Dies zeigte sich unter anderem auch in der Wieder-

kehr einmal geprägter Schlagworte und Vergleiche. Wenn der Windscheid'sche Vortrag sich auch nicht durch plastische, aus dem Leben gegriffene und dem Gedächtnis sich einprägende Beispiele auszeichnete, so mag das zum Teil darin seinen Grund haben, dass man in früherer Zeit überhaupt geringeren Nachdruck hierauf zu legen und sich überwiegend auf die römischen Schulbeispiele zu beschränken gewohnt war, vielleicht dürfte aber doch auch die geschilderte Begrenzung von Windscheids Begabung damit im Zusammenhang stehen.[9]) Ob der Mangel des Humors dieselbe Quelle hatte, oder ob hier allein der Ernst der Lebensauffassung und speziell die Anschauung massgebend war, es zieme sich nicht mit derartigen Mitteln den Vortrag zu beleben, wage ich nicht zu entscheiden.

Ich möchte durch die letzten Ausführungen gewiss nicht den Anschein erwecken, als ob ich die Dozentenqualitäten Windscheids herabsetzen oder in Zweifel ziehen wollte. Seine Erfolge waren ja unbestreitbare und können, da sie schon früher eintraten, nicht allein auf Conto des Lehrbuchs gesetzt werden. Wodurch er wirkte, das war ausser der Klarheit und Konsequenz seines Gedankengangs, das Ethos, der heilige sittliche Ernst und die hohe Auffassung des Juristenberufs, die überall, vor allem in den Exkursen, die er einzustreuen liebte, zum Durchbruch kamen. Jene Exkurse oder Expauken, wie wir Schwaben sie nach Stiftsgebrauch zu nennen pflegten, bezogen sich auf alle möglichen Dinge, auf das kommende B.G.B. die Notwendigkeit solider quellenmässiger Arbeit, Zurückdrängen des Subjek-

9) Dies wäre jedenfalls dann anzunehmen, wenn man aus verschiedenen früher in Studentenkreisen herrschenden Anekdoten den Schluss ziehen dürfte, dass ihm die Versuche eigener Beispielsbildung verschiedentlich missglückt sind.

tivismus, römische Juristen und moderne Schriftsteller. Sie waren zum Teil sehr wirkungsvoll und prägten sich deutlich dem Gedächtnis ein. So erinnere ich mich z. B. noch heute lebhaft daran, wie er einmal mit warmen Worten die Bedeutung eines „jungen Praktikers" namens Kohler hervorhob und uns den Rat gab, etwas von dessen Sachen zu lesen.

Ich glaube damit im Wesentlichen die psychischen Eigenschaften gekennzeichnet zu haben, die für die wissenschaftliche Eigenart Windscheids von Bedeutung sind. Um die Richtungen zu bestimmen, in denen sich der mächtige Einfluss seiner Lehre bewegte, müssen wir uns die Grundanschauungen vergegenwärtigen, auf denen diese aufgebaut war.

Den Ausgang nahm Windscheid von der historischen Schule, in deren Traditionen er aufgewachsen war und deren Begründer Savigny er zu allen Zeiten die grösste Verehrung entgegenbrachte. Immer wieder hat er darauf hingewiesen, dass alles Recht nie rastende Evolution sei, dass es kein festes unwandelbares Vernunftrecht gebe, und dass das einzelne Individuum nur zu leicht das, was es kraft seiner subjektiven Vernunft als Recht erkannt, unter dem Titel des Naturrechts als objektives Recht auszugeben geneigt sei, während es doch solches erst werde, wenn es von der Gemeinschaft ebenfalls als Recht anerkannt und in gesetzlicher Vorschrift oder durch Übung verwirklicht sei.[10]) Diese Gedankengänge erscheinen bei Windscheid als aus der Rüstkammer der historischen Rechtsschule übernommene Stücke, ohne dass eine selbständige Verarbeitung oder ein Zurückgehen auf die philosophischen Grundlagen jener Anschauungsweise erfolgte.

10) Siehe zum Beispiel Rede über die Aufgaben der Rechtswissenschaft (ges. Reden und Abhandl. S. 105).

Eine eingehende Behandlung rechtsphilosophischer Probleme findet sich bei Windscheid überhaupt nirgends. Wo er kann, weicht er aus, wo das nicht möglich ist, wie z. B. bei den psychologischen Fragen der Rechtsgeschäftslehre behilft er sich, wie so viele, mit einer Art juristischer Hausphilosophie. Ob Windscheid philosophische Studien in grösserem Umfang getrieben, ob er irgend einmal ein System, sei es Kant, Hegel oder Schopenhauer, völlig durchgearbeitet hat, ist mir nicht bekannt. Deutliche Spuren eines solchen Anschlusses finden sich nirgends. — In einem wesentlichen Punkte stand jedoch Windscheid von Haus aus im Gegensatz zu der historischen Schule älterer Observanz. Er erkannte mit klarem Blick die Einseitigkeit, welche durch die Romantik Savignys in die Grundauffassung vom Werden des Rechts gekommen war und welche die bekannte übermässige Betonung des Gewohnheitsrechts und die ablehnende Haltung gegenüber der Gesetzgebung, insbesondere den Kodifikationen, zur Folge gehabt hatte. Die mystische Vorstellung vom organischen Wachsen des Rechts, von dessen unmittelbarem Entspringen aus der unbewusst schaffenden Volksseele, vermochte er nicht zu teilen. Dem gegenüber betont er durchaus zutreffend, „dass jeder geistige Fortschritt auf der bewussten Tat von Individuen beruhe, dass der Geist Gottes sich in jedem Individuum neu offenbare und dass nicht einzusehen sei, warum der dunkle Drang, der zu der Bildung des Gewohnheitsrechts führe, den Vorzug verdienen solle vor der abwägenden Überlegung, bei der der menschliche Geist sich auf sein besseres Selbst besinne, sich Ziele setze und nach der Erreichung dieser Ziele mit gedankenmässiger Prüfung der Mittel strebe.“

Dass Windscheid mit diesen Gedanken bahnbrechend gewirkt

habe, wird sich freilich nicht behaupten lassen. Das lebensfremde Savigny'sche Dogma hatte sich auch in den Kreisen der Berufsjuristen, in denen es zu Anfang manche Anhänger gefunden, schon um die Mitte des vorigen Jahrhunderts überlebt. Immerhin war es nicht ohne Bedeutung, dass einer der Hauptführer unter den Zivilrechtsjuristen sich so rückhaltlos auf die Seite der Kodifikation stellte.

Noch wirksamer ist wohl gewesen, dass er, wie kaum ein anderer durch die Zusammenfassung und sichtende Abklärung des gemeinrechtlichen Stoffs, vor allem aber auch durch Aufweisung der Unmöglichkeit, auf rein wissenschaftlichem Weg zur Abstossung einer ganzen Reihe überlebter Rechtssätze und zur Schlichtung zahlreicher, aussichtsloser Streitfragen zu gelangen, der Kodifikation vorgearbeitet hatte. [11])

Über die gesetzgeberische Tätigkeit selbst findet sich in den Windscheid'schen Werken äusserst wenig, über Fragen der Gesetzgebungstechnik gar nichts. Er hebt nur hervor, dass man sich nicht loslösen dürfe aus dem geschichtlichen Zusammenhang, dass der Geist auch des Gesetzgebers durchleuchtet bleiben müsse von der Weisheit der Jahrhunderte, die vor ihm gewesen. Wo die Grundlagen für die legislativpolitischen Erwägungen zu suchen, inwieweit dabei Interessenabwägungen massgebend sind, endlich ob bei diesen Interessenabwägungen ein auf deduktivem Weg gefundenes Prinzip, etwa ein soziales Ideal im Sinn Stammlers, entscheidet, oder ob man lediglich die wechselnden Rechtsanschauungen eines bestimmten Volkes zu einer bestimmten Zeit zu Grund zu legen hat, wird nirgends ausdrücklich erörtert. Immerhin wird man von dem Anhänger der historischen

---

11) Das erstere wird von Oertmann S. XXX und XXXI, das letztere von Landsberg in der Nation von 1892 Nr. 6 zutreffend hervorgehoben.

Schule annehmen dürfen, dass ihm, soweit er sich überhaupt mit diesen Fragen befasste, nur der evolutionistische Standpunkt vor Augen stehen konnte. Damit dürfte auch die Aufstellung zusammenhängen, dass bei der Entscheidung gesetzgebungspolitischer Fragen, wenn man von der technischen Begriffsbildung und von der kodifizierenden Zusammenfassung schon geltenden Rechts absehe, die Juristen gar keine entscheidende Stimme haben.[12]) Der Evolutionist wird, sobald er an solche legislativen Fragen denkt, bei denen Weltanschauungen oder politische Strömungen im Kampf miteinander liegen, wie z. B. bei der Frage, ob und in welchen Fällen man Ehescheidung zulassen, ob und inwieweit man das Prinzip der Gewerbefreiheit durchführen soll, gegen die Schlüssigkeit der Windscheid'schen Sätze nichts einzuwenden vermögen. Hier wird der Jurist keine besondere Sachkenntnis für sich in Anspruch nehmen können, sondern wird nach den Anschauungen, die er sich gebildet, Partei ergreifen müssen. — Die Zurückhaltung Windscheids geht jedoch viel weiter. So meint er z. B. auch die Regelung des Checkverkehrs beruhe auf volkswirtschaftlichen Erwägungen, die nicht Sache des Juristen als solchen seien.[13]) Dagegen ist Protest einzulegen und mit Kohler zu sagen, so lassen wir uns nicht eine Tür um die andere zuschlagen.[14]) Haben uns denn die römischen Juristen umsonst gelehrt wie man ein solches Verkehrsrecht entwickelt? Ist nicht gerade der Jurist am besten in der Lage zu erkennen, wie eine bestimmte rechtliche Regulierung auf die Gestaltung der Verkehrsverhältnisse ein-

---

12) Rede über die Aufgaben der Rechtswissenschaft (ges. Reden und Abhandl. S. 111).

13) A. a. O. S. 112.

14) Kohler in der Zukunft, Bd. II S. 61.

wirken muss? Dazu gehört allerdings eine genaue Kenntnis der tatsächlichen Vorgänge, ein Überblick über die auf dem betreffenden Gebiet vorgekommenen und möglichen Interessenkollisionen. Dass die Erlangung solcher Kenntnisse mit zu den wesentlichsten Aufgaben des Juristen gehört, hätte nicht verkannt werden sollen. Allerdings kann man nicht von jedem Juristen Vertrautheit mit allen Lebensgebieten verlangen. Auch gibt es zweifellos bei der gesetzgeberischen wie bei der rechtsprechenden Tätigkeit Fragen, zu deren Beantwortung man immer auf Sachverständige rekurrieren muss, Fragen, die ohne eine vollständige wissenschaftliche oder technische Berufsbildung nicht gelöst werden können. Allein dass man Juristen findet, die die Erscheinungen eines bestimmten Zweigs des Handelsverkehrslebens so beherrschen, dass sie ein entscheidendes Wort mitreden können, das kann man allerdings erwarten.

Mit seiner Auffassung von der Stellung des Juristen zu gesetzgeberischen Fragen stand übrigens Windscheid keineswegs allein. Es hatte sich, zum Teil vielleicht unter dem Bann des auch nach seiner äusseren Überwindung noch fortwirkenden Savigny'schen Dogmas vom Unwert der Gesetzgebung, eine formalistische Richtung innerhalb der Jurisprudenz ausgebildet, die zwischen Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre eine hohe Barriere aufrichten und die genaue Beobachtung des Verkehrslebens und seiner Beeinflussung durch die in Geltung befindlichen Rechtssätze lediglich der letzteren zuweisen wollte. Dieser Richtung, zu der auch Windscheid durch die Eigenart seiner Begabung, insbesondere durch seinen Mangel an kombinierender Phantasie gedrängt wurde, verdanken wir es, dass bis vor noch nicht allzulanger Zeit die Behandlung legislatorischer Probleme bei den Juri-

sten als minderwertig galt. — Nicht als ob man nur Studenten und Doktoranden den Rat gegeben hätte, von solchen meistens sehr schwierigen und ohne genügende Erfahrung nicht zu lösenden Problemen die Hand zu lassen. Vielmehr pflegte man jeden Exkurs auf dieses Gebiet als unjuristisch, wenn nicht gar als unwissenschaftlich, zu brandmarken. Erst die allgemeine Debatte über den ersten Entwurf zum B.G.B. hat hier Wandel geschaffen.

Aus all dem Gesagten dürfte erhellen, dass Windscheid sich nicht in hervorragender Weise zum Gesetzgeber eignete, dass man auf diesem Gebiet nur ein Wandeln in gebahnten Geleisen, ein Formulieren des gegebenen Rechts, dagegen keine Impulse zu wesentlichen Fortschritten und Neugestaltungen erwarten konnte. Wie stand es nun aber mit seiner Stellung zu den Aufgaben der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft? In welcher Richtung bewegten sich seine eigenen wissenschaftlichen Leistungen und welchen Charakter tragen dieselben?

Auch hier wird es wünschenswert sein, zunächst einmal den prinzipiellen Standpunkt Windscheids, seine Grundanschauung von den rechtswissenschaftlichen Aufgaben kennen zu lernen. Man läuft dann nicht Gefahr, sich mit allgemeinen Redewendungen über Konservativismus, mangelnde Produktivität u. s. w. zu begnügen. Und man ist eher in der Lage zu beurteilen, ob und in wie weit es richtig ist, einen Unterschied zwischen dem jungen und dem alten Windscheid zu machen.

Jener grundsätzliche Standpunkt ist folgender.

Als formale Rechtsquellen werden nur Gesetz und Gewohnheit anerkannt. Wissenschaft und Praxis können nicht unmittelbar Recht schaffen, das dem Richter mit äusserlich bindender Autorität gegenüber-

stünde. Äussere Bindung tritt erst dann ein, wenn auf Grund einer fortgesetzten Praxis sich Gewohnheitsrecht entwickelt hat. — Damit ist keineswegs die rechtsschöpferische Kraft von Wissenschaft und Praxis vollständig geleugnet. Sie wirken durch das Medium der richterlichen Überzeugung, die sie beeinflussen. Die unrichtige Vorstellung, als ob der Richter lediglich die Gedanken des Gesetzgebers festzustellen und nachzudenken habe, findet sich bei Windscheid nicht. Wenn er hervorhebt, dass die Auslegung nicht bloss die Aufgabe habe, den wirklichen d. h. empirisch nachweisbaren Willen des Gesetzgebers gegenüber einem mangelhaften Ausdruck zur Geltung zu bringen, sondern auch das Recht, den eigentlichen Gedanken desselben hervorzuziehen, die unfertigen Gedanken zu Ende zu denken, so ist damit schon ein weites Feld für eine in Wahrheit schöpferische Tätigkeit der Rechtsprechung, bei der Wissenschaft und vorangegangene Praxis den Weg weisen können, gegeben. Damit aber nicht genug. Windscheid fügt noch hinzu, dass die Lücken, die sich in einem Rechtsganzen ergeben, eben aus dem Geist des Rechtsganzen auszufüllen seien, dass auch hier noch die Möglichkeit bestehe, die eigentlichen Gedanken der ganzen Rechtsordnung zur Entwicklung zu bringen.

Man kann an dieser Formulierung gar manches aussetzen. Die üblichen Einwände sind, dass wenn es bei unserer komplizierten Gesetzgebungsmaschinerie meistens schon ein Ding der Unmöglichkeit sei, die Gedanken festzustellen, die die vielköpfigen Gesetzgeber wirklich gehabt haben, man vollends daran verzweifeln müsse, herauszubringen, was sie wohl gedacht haben würden, wenn ihnen bestimmte Fragen vorgelegt worden wären. Und nun vollends bei den eigent-

lichen Gedanken des Rechtsganzen verliere man sich völlig ins Nebelhafte. Ein anderer Einwand ist, dass es darauf, was die Gesetzgeber, oder genauer gesagt die einzelnen bei der Gesetzgebung beteiligten Faktoren, gedacht haben, überhaupt nicht ankomme, sondern lediglich darauf, was in dem Gesetzeswortlaut niedergelegt sei.

Mag man indessen diesen Beanstandungen der Formulierung eine gewisse Berechtigung zuerkennen, — näher darauf einzugehen ist hier nicht der Ort —, so kann man doch in der ganzen Ausführung noch einen Ausdruck der ms. Es. richtigen Auffassung finden, dass Wissenschaft und Praxis die Fortbildung des Rechts zunächst vorzunehmen haben unter möglichstem Anschluss an die im Gesetz und im Gewohnheitsrecht festgelegten Interessenabwägungen. Dass bei dieser angeblichen Erforschung des eigentlichen Willens, sei es des Gesetzgebers, sei es der Rechtsordnung, notwendig bis zu einem gewissen Grad subjektive Werturteile des auslegenden Richters mitwirken, hat Windscheid zwar nirgends expressis verbis zum Ausdruck gebracht. [15]) Aber immerhin schwebt ihm dieser Gedanke vor, wenn er sagt, dass die Grenze zwischen solcher Enthüllung gesetzgeberischer Gedanken und Unterschiebung eigener Gedanken eine flüssige sei. [16]) Eliminiert kann ja dieser subjektive Einschlag unter keinen Umständen werden. Er ist schon bei der Auslegung im engeren Sinn vorhanden, sobald man, was niemals ganz zu vermeiden [17]), mit der Präsumption des „vernünf-

15) Vergl. darüber G. Rümelin Werturteile und Willensentscheidungen.

16) Rede über die Aufgaben der Rechtswissenschaft (ges. Reden und Abhandl. S. 111).

17) Auch dann nicht, wenn man wo irgend möglich die konkreten Gedanken des Gesetzgebers zu erforschen strebt. Immer werden Fälle übrig bleiben, in denen man auf Schlüsse aus der Angemessenheit der Resultate angewiesen ist.

tigen Gesetzgebers" arbeitet. Der hier zur Anwendung gebrachte Vernunftmassstab ist notwendig dem eigenen Bewusstsein entnommen und dabei wird es immer wieder vorkommen, dass man auf Punkte stösst, bei denen Meinungsdifferenzen über das was vernünftig ist, bestehen.

Die Frage ist nun aber, ob man bei der geschilderten rechtsentwickelnden Tätigkeit stehen bleiben kann. Für Windscheid ist die Enthüllung der eigentlichen Gedanken der Rechtsordnung die äusserste Grenze, bis zu der man vorgehen darf. Wiederholt lehnte er auf das entschiedenste ab, dass etwa aus der Natur der Sache, dem Verkehrsbedürfnis, Recht geschöpft oder die Billigkeit mit dem Recht verwechselt werde. [18])

Dass hiemit einer den allmählichen Wandlungen der Lebensverhältnisse sich anpassenden Fortentwicklung des Rechts ein schwer zu beseitigendes Hindernis in den Weg gestellt wird und zwar ein um so grösseres, je mehr man mit Windscheid die vom Gesetzgeber gebrauchten Begriffe nach seinen konkreten Gedanken oder nach den zu seiner Zeit herrschenden Anschauungen auslegt, je weniger man in ihnen je nach der Zeitauffassung auszufüllende Blankette sieht [19]), liegt auf

18) Pandekten § 22, N. 8 § 23, 1a, § 28 N. 1.

19) Siehe darüber neuestens wieder Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses Bd. II, S. 170 zu N. 30. Die moderne Auffassung, der auch Hellwig beitritt, formuliert dahin, dass nicht der Gedanke des Gesetzgebers, sondern der im Gesetzestext vorliegende und in ihm fortwirkende Gedankeninhalt massgebend sei. Dies enthält nur insofern eine Übertreibung, als bei mehrdeutigem Sinn des Gesetzes der Ausgangspunkt doch von dem feststellbaren Gedankeninhalt der gesetzgebenden Faktoren wird genommen werden müssen. Es ist nicht statthaft, dem Gesetzestext einen Sinn unterzuschieben, der mit den Worten des Gesetzes zwar noch verträglich erscheint, an den aber nachweislich bei Aufstellung der Bestimmung niemand gedacht hat, wie das beispielsweise Hellwig bezüglich des § 325, Abs. 2 C.P.O. tut. Richtig ist nur,

der Hand. Abgeschnitten ist nicht allein die Umbildung oder Abschaffung bestehenden Gesetzes- und Gewohnheitsrechts, sondern auch die Rechtfindung auf noch gar nicht ins Auge gefassten Gebieten.[20]) Auch das letztere möchten vielleicht manche im Interesse grösserer Rechtssicherheit für erträglich oder sogar für wünschenswert halten. Man habe eben, so wird gesagt, so lange die Gesetzgebung nicht Abhilfe schafft, bei neu auftauchenden Lebensverhältnissen das Resultat hinzunehmen, das sich aus der Anwendung der vielleicht schlechterdings nicht passenden allgemeinen Grundsätze ergibt, in letzter Linie Ansprüche, die sich auf diese Weise nicht begründen lassen, abzulehnen.

Es kommt jedoch ein weiteres hinzu, was die Festhaltung des Windscheid'schen Standpunkts unmöglich macht. Wie denn nun, wenn das Gesetz selbst auf Elemente freier Rechtschöpfung wie Billigkeit, Treu und Glauben, das den Umständen Angemessene, u. s. w. verweist? Unser B.G.B. tut das auf Schritt und Tritt. Und wie, wenn auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts dem Richter zwar anbefohlen wird, jeden bei ihm prozessordnungsgemäss anhängig gemachten Fall zu entscheiden, dabei aber bezüglich des anzuwendenden Privatrechts keinerlei auch nur annähernd ausreichenden Normen auf-

---

dass man denjenigen Gedankengängen, die keinen Ausdruck im Gesetz gefunden, nicht Folge geben darf. Und richtig ist ferner, dass bez. zahlreicher genauerer Abgrenzungen und Spezialisierungen keine Festlegung eines bestimmten Sinns von Seiten der gesetzgebenden Faktoren beabsichtigt ist, und dass in weitem Umfang Begriffe gebraucht werden, die den wechselnden Zeitanschauungen Spielraum gewähren sollen. Wie weit das der Fall, ist eine schwierige noch nicht genügend behandelte Frage.

20) Auch hier wird von einem zu Ende Denken des vom Gesetzgeber unvollkommen Gedachten vielfach nicht die Rede sein können. Die Situation kann so liegen, dass schlechterdings keine Analogieschlüsse möglich sind.

gestellt sind? Man könnte vielleicht allgemeiner fragen[21]), wie überall da, wo innerhalb der vom Gesetz aufgestellten Entscheidungsnorm mehrere Möglichkeiten offenbleiben?

Bei solcher Rechtslage, die nach den meisten Rechten in unzähligen Fällen zutrifft, muss auf die selbständige Rechtschöpfung[22]) des urteilenden Richters zurückgegriffen werden. Dieser hat, wie der Schweizer Zivilgesetzentwurf in seinem Art. 1 in vorbildlicher Weise vorschreibt, den allgemeinen Satz zu Grund zu legen, den er als Ge-

---

21) Siehe Kipp zu Windscheid § 31, N. 16.

22) Gestritten wird darüber, ob von Rechtsfindung oder Rechtsschöpfung (auch dieser Ausdruck setzt ein Gegebenes voraus, aus dem geschöpft wird) einerseits, oder andrerseits von Rechtsschaffung oder Rechtserzeugung geredet werden soll. Vom Auffinden eines schon Gegegebenen kann nur so lange die Rede sein, als eine bestimmte Entscheidung für die angemessenste, den Anschauungen des Volkes oder der beteiligten Kreise am besten entsprechende, ausgegeben werden kann. In solchem Falle kann man auch noch sagen, dass Recht aufgedeckt werde (so lange man nämlich einen Rechtssatz besitzt oder supponiert, der auf diese Massstäbe verweist). Handelt es sich dagegen um eine Entscheidung zwischen mehreren im Kampf miteinander liegenden Strömungen oder um die Auswahl zwischen mehreren gleichermassen brauchbaren Regulierungen, so ist nichts Objektives mehr vorhanden, das aufgedeckt werden könnte. Der urteilende Richter muss lediglich darauf verwiesen werden, eine unparteiliche Willensentscheidung nach bestem Gewissen abzugeben. Für die auf entgegengesetzten Standpunkten stehenden Parteien gibt es hier keinen andern Ausweg mehr, als den einen unparteiischen Dritten, sei es Richter sei es Schiedsmann, anzurufen. — Eine scharfe Grenze zwischen den beiden Gruppen von Fällen, wird sich in der Praxis nicht ziehen lassen. — Unter allen Umständen aber muss, das hat Hellwig neuerdings a. a. O. S. 175 in treffendster Weise hervorgehoben — die richterliche Festlegung des Gesetzesinhalts in allen Fällen so behandelt werden, wie wenn sie eine Deklaration wäre. Der betreffende Satz muss auf den zu Grund liegenden Fall angewandt werden, während ja, wenn man ihn als einen neu aufgestellten behandelte, keine Rückwirkung stattfinden könnte. Er muss, wenn er sich in revisibles Recht einfügt, selbst revisibel sein.

setzgeber aufstellen würde.[23]) Darin ist beschlossen, dass er sich zunächst an die in der Rechtsgemeinschaft, der er angehört, oder in den speziellen Interessentenkreisen herrschenden Rechtsüberzeugungen und Gewohnheiten anzuschliessen sucht und erst in letzter Linie, wo solche nicht vorhanden oder wo Streit besteht, sein subjektives Rechtsideal zur Geltung bringt.

In welchem Umfang diese Rechtfindung zur Anwendung gebracht werden darf, hängt offensichtlich von der Lage der Privatrechts-Gesetzgebung, und ausserdem noch von vielen zeitlichen und örtlichen Umständen, z. B. der Gerichtsorganisation, ab. Allgemeine Regeln lassen sich hierüber nicht aufstellen. Im Einzelfall wird häufig der Streit, ob solche Rechtschöpfung statthaft sei, von zweifelhaften Auslegungsfragen hinsichtlich des Gesetzesrechts abhängen. Eine sehr schwierige Frage ist, ob man die Rechtsprechung auch für befugt halten soll, Umbildungen und Aufhebungen positiver Rechtssätze auf Grund der

---

23) In wie weit er sich dabei zunächst an die „bewährte Lehre und Überlieferung" zu halten hat, wenn solche schon vorhanden sind, braucht hier nicht erörtert zu werden. — In der Formulierung des Entwurfs ist hervorgehoben, dass der Richter zunächst vom Standpunkt seiner Zeit auszugehen und nicht etwa sich in eine frühere Zeit (z. B. die der Kodifikation) zurückzuversetzen hat. Damit ist jedoch nicht gesagt, dass er auf die aus früherer Zeit übernommenen Rechtssätze keine Rücksicht zu nehmen habe. Er muss selbstverständlich bei der von ihm zu treffenden Neuerung erwägen, wie sie sich in das im übrigen geltende Recht einfügt. Siehe darüber auch Hellwig a. a. O. S. 170. Die von Hellwig daselbst S. 172 Nr. 42 gegen die Fassung des Entwurfs gerichtete polemische Bemerkung halte ich insofern nicht für gerechtfertigt, als die Formulierung eines sich an den Rechtsuntertanen wendenden Satzes im Gesetz nicht unerhebliche Schwierigkeit geboten hätte (für gewisse Fälle hätte, wie oben bemerkt, doch wieder auf den unparteiischen Dritten verwiesen werden müssen), und die Rückwirkung des an den Richter adressierten Befehls auf die Parteien sich von selbst ergibt.

Entdeckung von Fehlern oder auf Grund einer Veränderung der Rechtsanschauungen vorzunehmen. Auch auf diese Frage lässt sich eine generelle Antwort nicht erteilen. Auch hier wird der Kompromiss, der zwischen Rechssicherheit einerseits, Angemessenheit der Entscheidungen andererseits zu schliessen ist, nach Zeit und Ort verschieden ausfallen. Es gibt Zeiten, — man denke etwa an die spätere Zwölftafelinterpretation oder an die Handhabung der Carolina in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, — in denen man ohne solche Rechtsumbildung nicht auszukommen vermag. Und dann wird es im Zweifel besser sein, der Praxis eine solche Befugnis offen zuzugestehen, als sie zu allen möglichen und unmöglichen Interpretationskünsten zu nötigen. Zu andern Zeiten gilt es wieder, die Gesetzestreue in den Vordergrund zu stellen. In einer solchen Periode dürften wir uns gegenwärtig befinden.

Doch kehren wir wiederum zu Windscheid zurück und prüfen wir, in welchem Verhältnis zu seiner Auffassung von den Aufgaben rechtswissenschaftlicher Auslegung seine eigene Produktion steht. Dabei soll offen gelassen werden, in wie weit die Produktion durch jene grundsätzlichen Anschauungen beeinflusst war und in wie weit umgekehrt jene einen Niederschlag dessen darstellen, was Windscheid bei seinen vorangegangenen monographischen Arbeiten tatsächlich geübt hatte.

Wenn wir die spezifisch dogmatische Richtung des Interesses bei Windscheid voraussetzen und zusammenhalten mit den im Bisherigen geschilderten Grundsätzen, so werden wir uns nicht wundern, die Kraft des Forschers in erster Linie auf die Ergründung und Systematisierung des für das geltende Recht verwertbaren Gedankeninhalts des justinianeischen Corpus juris konzentriert zu finden.

Aus diesem Bestreben ergab sich zunächst die Art und Weise seiner Quellenbehandlung. Die einzelnen Stellen interessieren ihn nicht in ihrem rechtshistorischen Zusammenhang, sondern nur vom Standpunkt des Gesetzgebers Justinian aus. Überall stellt er die Frage, welches Resultat sich bei Zusammenhalt der verschiedenen Stellen ergibt, eine Untersuchung, die jetzt, seit das Corpus juris aufgehört hat, geltendes Recht zu sein, vollständig in den Hintergrund getreten ist. Bei diesem Ausgangspunkt ist es erklärlich, wenn ab und zu auch einer einzelnen Stelle, um sie ins übrige einzureihen, etwas Gewalt angetan wird[24]).

Die also aufgefundenen Sätze will Windscheid, auch hier Savigny'schen Bahnen folgend, reduzieren, indem er die höheren Prinzipien, auf denen sie beruhen, — die eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers, — in möglichst scharfer abstrakter Fassung darzulegen sucht. Beispiele derartiger Arbeit finden sich in den Pandekten aller Orten. Unter den monographischen Abhandlungen sind u. a. die Aufsätze über das Prinzip des S.C. Vellejanum und über die Wirkung der erfüllten Bedingung an erster Stelle zu nennen. Vor allen Dingen aber bildet ein Musterbeispiel die Lehre von der Voraussetzung, bei der das Streben nach einem umfassenden eine grosse Zahl von Detailentscheidungen in sich schliessenden Prinzip vielleicht am deutlichsten hervortritt.

Der Hinweis auf die Voraussetzungslehre allein dürfte schon genügen um zu beweisen, dass man Windscheid durchaus nicht gerecht wird, wenn man ihn bloss als einen Sammler und Sichter des vor ihm zu Tage geförderten Rechtsstoffs, etwa nach Art des Glossa-

---

24) Siehe Zirndorfer in der Frankfurter Zeitung vom 24. September 1905.

tors Accursius, bezeichnet. Sowohl bei der Quellenbehandlung im Einzelnen als bei der Abstrahierung allgemeiner Prinzipien aus den gewonnenen Resultaten schreitet er fest und unbeirrt seine eigene Bahn und bewegt sich manchmal dem unmittelbaren Quelleninhalt gegenüber mit bemerkenswerter Freiheit.

Schwieriger stellt sich die Frage, in wie weit Windscheid über die im Corpus juris gebotenen Grundlagen hinauszugelangen im Stand war. Kein Zweifel, dass er nicht auf dem puristischen Standpunkt Vangerows und anderer Jünger der historischen Schule steht, die in kritikloser Bewunderung des römischen Rechts soviel als irgend möglich davon in die Praxis des gemeinen Rechts umsetzen wollten. Diese Vorstellung, die Neigung das römische Recht als Inkarnation des absoluten Rechtsgedankens anzusehen, wird ausdrücklich abgelehnt[25]), und ganz entsprechend den Gedankengängen, die Savigny in der Vorrede zu seinem System des römischen Rechts verfolgt, das Postulat aufgestellt, dass das römische Recht auf seinem eigenen Boden überwunden werden müsse, indem man die spezifisch römischen Bestandteile ausscheide und an Stelle derselben das heutige Rechtsbewusstsein zur Geltung bringe[26]).

Mit solchen Grundsätzen scheint nun freilich das eigene Verhalten Windscheids nicht allseitig in Einklang zu stehen. Wohl sieht man das Bestreben vor allem zur Durchführung einer deutschen Rechts-

---

25) Z. B. actio S. 167.

26) Actio a. a. O. und Vorrede S. IV. Rede über Recht und Rechtswissenschaft (ges. Reden und Abhandl. S. 19, 20). Rede über das r. R. in Deutschland (ges. Reden und Abhandl. S. 45). Abwehr gegen Muther S. 85. Abhandlung über die Singularsuccession in Obligationen (ges. Reden und Abhandl. S. 194).

terminologie zu gelangen, wohl geht die Monographie über die Actio darauf aus, angebliche römische Grundvorstellungen über das Verhältnis zwischen subjektivem Recht und Klagbefugnis durch moderne zu ersetzen und aus der modernen konstruktiven Auffassung nach den verschiedensten Richtungen hin Konsequenzen zu ziehen. Auch finden wir z. B., dass Windscheid die nicht dem römischen Recht entstammenden Ideen der direkten Stellvertretung des Vertrags zu Gunsten Dritter, der Anerkennung nicht vermögensrechtlicher Forderungen, anstandslos aufnimmt und verarbeitet. Dem steht aber doch in andern Fällen gegenüber ein, wie es scheint, ultra-konservativer Standpunkt im Festhalten von Einrichtungen, die dem Rechtsbewusstsein seiner Zeit schon völlig fremd geworden waren, wie z. B. einzelner Sätze des justinianeischen Noterbrechts, des Dotalrechts, oder der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Es scheint ferner damit schwer zu vereinen die Unzugänglichkeit gegenüber dem im deutschen und modernen Recht so viel stärker als bei den Römern betonten Gedanken des Verkehrschutzes, den man in allgemeinster Fassung etwa dahin bestimmen könnte, dass bei jeder Frage rechtsgeschäftlichen Erwerbs auch die Interessen der Personen berücksichtigt werden müssen, bei denen durch irgendwelchen Fehler auf der Gegenseite der gute Glaube, sie hätten einen vollgiltigen Erwerb gemacht, erregt worden ist. Obwohl er diesem Gedanken einzelne notgedrungene Konzessionen macht, z. B. darin, dass er, und zwar ohne unmittelbaren Anhalt in den Quellen der Partei, die schuldhaft eine irrtümliche Willenserklärung abgibt, bei grobem Verschulden Erfüllungspflicht bei gewöhnlichem Verschulden Schadensersatzhaftung auferlegt, so fehlt es doch durchaus an einer genügenden Auseinander-

setzung mit ihm. So versteigt sich Windscheid z. B., obwohl ihn hierin die römischen Quellen selbst eines Besseren hätten belehren können[27]) zu der Entscheidung, dass der Aussteller einer unbeschränkten Vollmacht, der seinem Bevollmächtigten geheime Instruktionen gegeben hat, aus den vollmachtgemäss aber instruktionswidrig abgeschlossenen Geschäften nicht zu haften habe. Wenn also beispielsweise ein Kaufmann einen Handlungsreisenden aussendet mit der schriftlichen den Kunden vorzulegenden Vollmacht, er dürfe Geschäfte bis zum Betrag von 10000 Mk. abschliessen, den Reisenden aber dahin instruiert hat, dass er mit einer bestimmten Person kein Geschäft ohne spezielle Zustimmung des Prinzipals eingehen solle, so würde nach Windscheids Ansicht die Haftung des Prinzipals ausgeschlossen sein, wenn der Commis mit jener Person unter Vorlegung der schriftlichen Vollmacht dennoch kontrahiert[28]). Die grundsätzlichen Einwendungen, die Windscheid gegen das Prinzip des Verkehrsschutzes vorbringt, sind nichts weniger als überzeugend. Sie beruhen im wesentlichen nur darauf, dass er das Prinzip zuerst unrichtig verallgemeinert und dann erklärt, zu den Konsequenzen dieser Verallgemeinerung könne man sich doch keinenfalls verstehen. Man könne doch unmöglich sagen, jedem, der in gerechtfertigter Weise eine Erwartung gehegt hat, muss diese Erwartung erfüllt werden. Dann müsste man mich auch aus einem auf meinen Namen gefälschten Schuldschein haften lassen, sobald derselbe in gutgläubige Hände käme.

---

27) Zu vergl. die bekannten Stellen über die actio institoria l 11 § 2 und 3 D de inst. act. 14. 3.

28) Wille und Willenserklärung (ges. Reden und Abhandl. S. 356). Diese Entscheidung ist schon des öfteren gerügt worden, so von Eck und von Kohler aa. aa. Oo.

Bei genauerem Zusehen dürften die scheinbaren Widersprüche im Verhalten Windscheids verschwinden. Der Schlüssel ist darin zu finden, dass ebenso stark wie sein Bedürfnis nach einer Assimilation des römischen Rechts sein Gefühl für die Notwendigkeit möglichster Rechtssicherheit hervortritt. Deshalb hielt er unbedingt daran fest, dass positive Rechtssätze nur durch Gesetz oder Gewohnheit beseitigt werden können. Da er nun annehmen zu müssen glaubte, dass das Corpus Juris Justinians in Deutschland in complexu, d. h. als Ganzes, nur mit Ausnahme der in der Praxis bewusst ausgeschlossenen Rechtsinstitute wie Sklaverei und dergleichen, als geltendes Recht aufgenommen worden sei, so verlangte er auch bez. der einzelnen Sätze des justinianeischen Noterbenrechts, des Dotalrechts u. s. f. den bestimmten Nachweis gewohnheitsrechtlicher Abschaffung, und da sich dieser Nachweis infolge schwankender Praxis der letzten Zeit vielfach nicht mit Sicherheit erbringen liess, so nahm er alle jene Rechtseinrichtungen als geltende an. Hier rächte sich auch bei ihm ein Fehler, in den die historische Schule, nicht ohne Schuld Savignys, verfallen war, der Fehler, dass man sich über Doktrin und Praxis der letzten vorsavignyschen Periode, des sog. usus modernus pandectarum, hochmütig hinwegsetzen zu dürfen glaubte. Bei genauerem Eingehen auf die Resultate dieser Jurisprudenz hätte man, auch unter Festhaltung der Theorie von der Gesamtreception, in den genannten und in zahlreichen anderen Fällen aufhebendes oder umbildendes Gewohnheitsrecht entdecken können. Solches Gewohnheitsrecht glaubt Windscheid überall zu Grund legen zu dürfen, wo er zu dem römischen Recht entgegengesetzten Resultaten gelangt. Dies ist einleuchtend in den Beispielen der Stellvertretung und des Vertrags zu Gunsten Dritter. Es trifft aber auch zu für die Resultate seiner

Abhandlung über die actio, obwohl hier auf den ersten Blick der Anschein entstehen könnte, als werde eine römische Rechtsauffassung lediglich auf dem Wege wissenschaftlicher Deduktion überwunden. In Wahrheit wird zunächst ein Gewohnheitsrecht zu Grund gelegt, das den römischen Grundsatz „klagen kann man nur, wo ausdrücklich ein bestimmtes Klagrecht gewährt ist unter Bezugnahme auf dieses Klagrecht" beseitigt und an seine Stelle das Prinzip gestellt habe, „wo ein Recht anerkannt ist, da ist auch eine Klagmöglichkeit, und um gerichtlichen Schutz anzurufen braucht man nur Tatbestände anzuführen, worauf das Gericht prüft, ob aus diesen Tatsachen schutzwürdige Ansprüche hervorgegangen sind" [29]). Von dieser Grundlage aus wird alsdann in einer hier nicht näher darzustellenden Weise entwickelt, dass überall wo das römische Recht von Klagrechten, Aktionen, spreche, jetzt Rechte und Rechtsansprüche zu Grund zu legen seien, dass daher wo die Römer eine actio von einem auf den andern übergehen liessen, wie bei der Abtretung von Forderungsrechten, jetzt eine Rechtsübertragung anzunehmen sei. Aus diesen veränderten Auffassungen sollen dann auch einzelne Konsequenzen für praktische Detailfragen, z. B. für die Frage, welche Einreden der Schuldner dem Cessionar entgegen halten kann, gezogen werden.

Obwohl demnach, wie sich bei Windscheid erwarten liess, eine durchaus einheitliche Grundanschauung erkennbar ist, die nach allen Seiten hin konsequent durchgeführt erscheint, erhebt sich doch noch die Frage, ob nicht in der Tat die für das Lehrbuch erforderliche Arbeit, die vor allem auf eine Sicherung des unzweifelhaft vorhandenen

29) Zu vergl. Abwehr gegen Muther S. 86.

Besitzes romanistischer Wissenschaft abzielte, die auf Fortbildung des Rechts gerichtete Tätigkeit einigermassen zurückdrängte und die Empfänglichkeit für Gedankenkreise nichtrömischen Ursprungs herabsetzte. Eine solche Einwirkung, die in der Natur der Sache begründet ist, ohne dass man deshalb ein Versagen der produktiven Kraft anzunehmen braucht, wird sich nicht ganz in Abrede ziehen lassen. Dass wir so kühne und selbständige Argumentationen wie in den Monographieen über die Voraussetzung und die actio später nicht wiederfinden, ist jedenfalls unbestreitbar[30]).

Die Windscheid'sche Auffassung von den Aufgaben der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung sowie die Richtung seiner eigenen, der Systematisierung des römischen Rechts zugewandten Arbeit haben unzweifelhaft die Gesamthaltung des ersten Entwurfs und damit auch das Gesetzbuch selbst stark beeinflusst. Sowohl der konservative romanistische Charakter als die oft hervorgehobene abstrakte Kasuistik, d. h. das Bestreben, möglichst das gesamte Detail, einschliesslich schwieriger Komplikationsfälle, an die man gerade zufällig gedacht, durch allgemein formulierte Sätze im voraus zu regeln, sind Folgen dieses Einflusses. Eine unmittelbare Nachwirkung seiner Rechtsentwicklungstheorie auf die heutige Wissenschaft wird sich dagegen nur in geringerem Umfang konstatieren lassen. Zwar wird die Grundtendenz nach möglichster Rechtssicherheit durch Betonung der Gesetzestreue von der überwiegenden Mehrzahl der heutigen Juristen geteilt. Allein die Windscheid'sche Formulierung, es seien die eigentlichen Ge-

30) Insofern dürfte allerdings ein richtiger Kern in den Äusserungen Kohlers und Ecks a. a. O. enthalten sein, dass Windscheid durch das Lehrbuch immer konservativer geworden sei.

danken des Gesetzgebers und der Rechtsordnung zu erforschen und abzulehnen, was darüber hinausgeht, hängt so sehr mit der Beschaffenheit des römischen Rechts, auf die sie zugeschnitten war, zusammen und ist für das moderne Gesetzesrecht so offensichtlich unzureichend, dass sich ihr kaum noch jemand anschliessen wird. In diesen Fragen sind durch die moderne Gesetzgebung, insbesondere auch den Schweizer Zivilgesetzentwurf, und durch die Erörterungen über Rechtslücken und freie Rechtfindung neue Grundlagen geschaffen, andererseits freilich auch wieder neue Streitgebiete eröffnet worden.

Um so stärker ist der Bann, den die Windscheid'sche Lehre nach einer andern bisher noch nicht erwähnten Richtung bis auf den heutigen Tag ausübt, der Bann einer gewissen formalistischen Betrachtungsweise, als deren typischer Vertreter Windscheid angesehen werden muss. Damit soll nicht etwa bloss gesagt sein, dass Windscheids Interesse sich vorzugsweise nur den Formulierungsfragen, den Problemen der Darstellung und systematischen Zusammenfassung des Gegebenen, zugewendet habe.[31]) Man denkt vielmehr an eine die Praxis des geltenden Rechts, insbesondere die Fortbildung des fixierten Rechtsstoffs, unmittelbar beeinflussende Methode.

Die Bezeichnung Formalismus und formalistisch kann verschiedenes in sich begreifen und nicht immer ist sich der Einzelne klar darüber, was er mit dem Wort zum Ausdruck bringen will. Unter juristischem Formalismus speziell kann man verstehen, dass die Gebote des positiven Rechts als oberster und letzter Endzweck der Untersuchung aufgefasst werden, ohne den Versuch, sie in die Ge-

31) Diese Seite hebt Oertmann a. a. O. XXXIV ff. allein hervor.

samtbetrachtung menschlichen Zusammenlebens einzureihen, sie als Mittel zum Zweck einer möglichst vollkommenen Ordnung dieses Gesamtlebens zu begreifen.[32]) Dieser Formalismus ist nicht gemeint. Denn bei einer Darstellung des positiven Rechts, wie sie das Windscheid'sche Pandektensystem darstellt, ist mit Notwendigkeit gegeben, dass man von einer formalistischen Betrachtung in jenem Sinn ausgeht. Wie weit bei einem Lehrbuch des geltenden Rechts mit rechtsphilosophischen und kritischen Betrachtungen vorgegangen werden soll, ist jedenfalls eine Massfrage, die man im Wesentlichen ins Ermessen des Autors wird stellen müssen.

Den Vorwurf des Formalismus hört man sodann auch bisweilen erheben gegen alle diejenigen, die darauf bestehen, dass die Einzelentscheidungen, die der Jurist trifft, aus irgend welchen allgemeinen Sätzen abgeleitet werden, die verlangen, dass man sich nicht bei einem instinktmässigen Erfassen des Richtigen im konkreten Fall, einem Anempfinden, einer Rechtskunst, oder wie es sonst genannt werden mag, beruhige.[33]) Nun ist ja wohl richtig, dass man in praxi vielfach ohne ein vorläufiges instinktmässiges Tasten, das der Laie Urteilen nach dem gesunden Menschenverstand zu nennen pflegt, nicht auskommt und dass gerade das juristische Genie bei solcher Tätigkeit sich besonders glänzend bewährt. Ebenso sicher aber ist, dass weder die Wissenschaft, noch auch der einzelne Richter sich dabei zufriedengeben darf. Auch der letztere muss eine begründete Entscheidung abgeben, und zu diesem Zweck die allgemeine Regel suchen, nach der er

---

32) Siehe Stammler richtiges Recht S. 7.

33) Siehe Kohler in Zukunft II, S. 58—59. Bekker, Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft S. 76 ff.

urteilt, mag dieselbe nun im gegebenen Recht begründet sein oder, wo dieses Lücken aufweist, von ihm selbst in gesetzgebungsähnlicher Gedankenarbeit aufgestellt werden.[34])

Jener Vorwurf des Formalismus gewinnt dagegen Berechtigung, wenn er sich auf die Art und Weise bezieht, wie die allgemeinen der Einzelentscheidnng zu Grund zu legenden Regeln gewonnen werden. Besonders häufig denkt man, wenn man von formalistischer Behandlungsweise in der Rechtswissenschaft spricht, an diejenige Methode, die man seit Ihering als Begriffs- oder Konstruktionsjurisprudenz zu bezeichnen und in Gegensatz zur teleologischen Jurisprudenz zu stellen gewöhnt ist. Auch hier ist zunächst noch eine genauere Bestimmung der Streitlage erforderlich. Auf den ersten Blick leuchtet es ja keineswegs ein, in welchem Sinn Begriff und Zweck in Gegensatz zu einander gebracht werden sollen. Es ist ebenso unbestreitbar, dass die Rechtsordnung mit allen ihren Einzelsätzen bestimmte Zwecke verfolgt, als dass jeder Rechtssatz, sofern er eine allgemeine Norm enthält, mit Begriffen operieren muss. Es kann auch vernünftigerweise niemand einfallen, zu bestreiten, dass es wünschenswert ist, diese Begriffe so scharf als möglich zu präzisieren.

Gehen wir vorderhand einmal aus von dem einfachsten Fall juristischer Begriffsbildung, in dem es sich nur darum handelt, Begriffe, die der Gesetzgeber aus dem unerschöpflichen Vorrat der im populären Denken gebildeten Vorstellungen übernommen hat, wie Haus, Waffe, Verursachung u. a. für den juristischen Gebrauch genauer zu fixieren.[35]) Schon

34) Vortrefflich darüber Unger in der Juristenzeitung von 1906, Nr. 14. S. 786, N. 1.

35) Siehe darüber G. Rümelin, jur. Begriffsbildung S. 10 ff.

hier ist es denkbar, dass die teleologische Betrachtungsweise nicht zu ihrem Rechte gelangt, dass man statt aus dem vernünftigen Sinn der betreffenden Bestimmung zu schöpfen, aus dem populären Sprachgebrauch selbst genauere Abgrenzungen zu entnehmen sucht, die dieser nicht zu bieten vermag [36]), oder dass man aus zu ganz anderem Zwecke vorgenommenen Fixierungen anderer Wissenschaften, oder aus der gelegentlichen Verwendung desselben Worts durch den Gesetzgeber an sonstigen Stellen Schlüsse zu ziehen unternimmt. [37]) Die hier vorkommenden Fehler pflegt man jedoch in der Regel nicht als Begriffsjurisprudenz, sondern eher als Buchstabenkult, zu bezeichnen. Sie können für unsere Betrachtung jedenfalls deshalb ausscheiden, weil sie sicherlich kein charakteristisches Merkmal Windscheid'scher Jurisprudenz bilden.

Die Gefahren der eigentlichen Begriffsjurisprudenz erheben sich erst in einem andern Stadium der Begriffsbildung. Mit der Entstehung einer wissenschaftlichen Betrachtungsweise, welche den Rohstoff der Rechtssätze in ein System zu bringen sucht, und mit dem Fortschritt der Rechtstechnik gelangt man zur Entwicklung ganz anders gearteter Rechtsbegriffe. [38]) Zunächst bildet einmal die Wissenschaft für

---

36) Dass ein solches Verfahren gänzlich unzulässig sei, soll damit selbstverständlich nicht behauptet werden. Immerhin geben die populären Vorstellungen in der Regel eine gewisse Umgrenzung dessen, was der Gesetzgeber gemeint haben kann. (Siehe meine Ausführungen über die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht S. 7—12). Es kann auch sein, dass ein Gesetz in bewusster Weise auf die Begriffsbildung einer andern Wissenschaft, z. B. der Medizin, Bezug nimmt.

37) Das letztere ist ein namentlich bei der Auslegung des B.G.B. beliebtes Verfahren, bei dem man sich auf die grosse Sorgfalt zu berufen pflegt, die von den Redaktoren auf die Terminologie verwendet worden sei.

38) Siehe G. Rümelin a. a. O. S. 21, ff.

ihre systematischen Zwecke neue technische Begriffe, die sie aus den gegebenen positiven Sätzen entnimmt.[39]) Sowohl zur Gewinnung der Begriffe, durch welche bestimmte Rechtswirkungen zusammenfassend bezeichnet werden, z. B. Eigentum, Obligation u. s. w., als zur Aufstellung rechtlich fixierter Tatbestandsbegriffe, wie z. B. Wechsel oder Testament, geht sie dabei auf bestimmte Normierungen des positiven Rechts zurück und benützt Synthesen, die der Gesetzgeber vorgenommen hat. So kann z. B. in den Begriff des Testaments der Rechtssatz aufgenommen werden, dass es vor 7 Zeugen errichtet sein muss, das Testament wird als ein Rechtsgeschäft vor 7 Zeugen definiert.[40]) Ordnet eine Rechtsordnung an, dass der Gläubiger sein Forderungsrecht nicht auf einen andern übertragen darf, und dass statt des ursprünglichen Schuldners kein anderer eintreten kann, so wird man die aktive und passive Unübertragbarkeit als ein begriffswesentliches Element der Obligation bezeichnen oder etwa das Bild gebrauchen, dass die Obligation ein Band sei, welches zwei bestimmte Personen untrennbar mit einander verknüpfe. Bei dieser wissenschaftlichen Begriffsbildung kommen nun typische Fehler vor, die man als falsche Begriffsjurisprudenz bezeichnen kann und bezeichnet hat.

Ein sehr häufiger Fehler besteht darin, dass man sich im späteren Verlauf nicht gegenwärtig hält, von welcher Rechtsordnung man bei der Bestimmung eines solchen technischen Begriffs ausgegangen ist. Z. B. man hat einen bestimmten Satz des römischen

---

39) Die bloss durch Abstraktion aus dem ursprünglich benutzten Tatbestandsbegriffe gewonnenen Obergriffe können hier bei Seite bleiben.

40) Siehe G. Rümelin a. a. O. S. 21.

Rechts bei der Begriffsbildung benützt und operiert nun mit den also gewonnenen Begriffe in allgemeiner Weise, man überträgt ihn auf eine Rechtsordnung in der jener Satz nicht mehr gilt oder in der wenigstens seine Geltung erst zu untersuchen wäre. Oder man behandelt gar den Begriff als einen ein für allemal feststehenden Begriff der Rechtswissenschaft.[41]) Auf diese Weise konnte es z. B. kommen, dass man die Übertragung von Forderungsrechten, die direkte Stellvertretung und den Vertrag zu Gunsten Dritter für logisch unmöglich erklärte, weil das römische Recht sie ursprünglich ganz ablehnte und sich später mit Hilfskonstruktionen begnügte. Zum Teil lagen hier naturrechtliche Vorstellungen zu Grund, die sich auch bei den Anhängern der historischen Schule wieder einnisteten.[42]) Zum Teil übersah man eine inzwischen eingetretene Veränderung der für die Begriffsbestimmung massgebenden Rechtssätze.[43]) Ab und zu war es auch nur die Unklarheit über die zu Grund liegenden Gedankenoperationen, welche zu solchen Resultaten führte.

Ein zweiter häufiger Fehler bei der Bildung solcher technischer Begriffe ist die ungenügende Induktion bei Aufstellung der Rechtssätze, aus denen man das begriffskonstituierende Merkmal entnimmt. Z. B. man hat beobachtet, dass eine Assoziation, sagen wir ein Verein, in einigen Beziehungen wie ein selbständiges Rechtssubjekt behandelt,

---

41) Siehe Eltzbacher über Rechtsbegriffe bez. der hier notwendigen Unterscheidungen.

42) Bei den Romanisten der historischen Schule nimmt die naturrechtliche Vorstellung speziell die Form an, dass die Sätze des römischen Rechts der naturalis ratio entsprechen.

43) Darauf hat Bekker (Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft S. 125 ff.) aufmerksam gemacht.

etwa als Partei im Prozess anerkannt wird. Auf Grund dieser unvollständigen Induktion bildet man unbewusst den Satz, sie wird in jeder Beziehung wie ein selbständiges Rechtssubjekt behandelt, und definiert sie als juristische Person. Alsdann sucht man aus dieser Eigenschaft der juristischen Persönlichkeit wiederum neue Detailentscheidungen abzuleiten, die in das zu Grund liegende Induktionsmaterial nicht aufgenommen waren, ohne zu bedenken, dass man aus derartigen wissenschaftlichen Begriffen nur herausholen kann was man vorher hineingetan hat. In Wahrheit ist die entscheidende Frage, ob ein Analogieschluss von den geregelten Fällen auf die nichtgeregelten zutrifft. Dies wird durch das Scheinmanöver der Begriffsbildung verdeckt.[44])

So häufig diese begriffsjuristischen Operationen in der gemeinrechtlichen Doktrin waren und so sehr namentlich die zweite auch heute noch im Schwange ist[45]), so hat man es doch auch hier nicht

44) Auf direktem Weg kann daher die wissenschaftliche Begriffsbildung niemals zur Fortbildung des Rechts dienen. Sie kann nur insofern dazu beitragen, als die zum Zweck der Begriffsbildung erforderliche Analysierung der einzelnen Elemente das Zusammenfügen der Elemente zu neuen Kombinationen ermöglicht und damit das Induktionsmaterial für etwa erforderliche Interessenabwägungen erweitert (siehe darüber auch Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I, S. 24, 25).

45) Typisch für die auf falschen Verallgemeinerungen beruhende Begriffsbildung ist z. B. wie Savigny die Rechtskraft der Entscheidungsgründe aus dem Wesen der Rechtskraft und der Stellung des Richters ableitete, oder wie man die Unmöglichkeit einer Einwirkung der Causa auf das abstrakte Geschäft aus der Natur des letzteren auch heute noch zu deduzieren sucht. Zum Teil vollzieht sich die Operation so, dass zunächst nur zu Darstellungszwecken die Begriffsbildung erfolgte und dass erst nachträglich jemand darauf verfällt, aus einer acceptierten Formulierung praktische Konsequenzen zu ziehen. Es kommt aber auch vor, dass die ganze Manipulation von vornherein zu einem

mit einer Methode, sondern nur mit Fehlern zu tun, Fehlern, von denen man nicht behaupten kann, dass sie gerade Windscheid in besonderem Mass zur Last fallen, oder gar, dass sie durch ihn grossgezogen seien.[46]) Den eigentlichen Kernpunkt der Windscheid'schen Begriffs- oder Konstruktionsjurisprudenz treffen wir erst, wenn wir uns die Fälle vergegenwärtigen, in denen das positive Recht selbst bei seinen Sätzen sich solcher technischer Begriffe, wie sie geschildert wurden, bedient. Daran schliessen sich unmittelbar die weiteren Fälle an, in denen im Gesetz oder Gewohnheitsrecht bildliche Vorstellungen, Fiktionen, oder gewisse formal logische Kategorien, wie z. B. Einheit und Vielheit, Identität und Neuheit verwendet werden. Gerade in diesen letzteren Fällen pflegt man speziell auch von Konstruktion zu reden.

Wo solches der Fall, da kann sowohl bei der Auslegung und Fortbildung des Rechts als bei der kritischen Betrachtung der Hauptnachdruck auf die Form, die vom Gesetzgeber gebrauchten Begriffe und Konstruktionen, gelegt werden. Die eigentümliche Beschaffenheit der römischen Quellen, in denen ursprünglich wissenschaftliche Deduktionen ganz durchsetzt von solchen Begriffen und Bildern, Gesetzeskraft erlangt hatten, legte es, namentlich in der Zeit der Herrschaft

---

bestimmten praktischen Zweck vorgenommen wird. — Die Fälle der 2. Kategorie grenzen an einen andern Fehler an, der in den weiter unten zu erörternden Zusammenhang gehört, den Fehler, dass in einem vom Gesetzgeber gebrauchten technischen Begriff eine solche unrichtige Verallgemeinerung hineingetragen wird. In concreto ist oft nicht mit Sicherheit zu entscheiden, ob der einzelne Schriftsteller sich noch auf dem Boden wissenschaftlicher Begriffsbildung bewegt, oder ob er vermeintliche Begriffe des Gesetzgebers zu analysieren sucht.

46) Seine Grundanschauung in § 24 der Pandekten über die wissenschaftliche Begriffsbildung ist, wie Kipp daselbst zu N. 2 richtig hervorhebt, eine korrekte.

Hegelscher Philosophie, nahe, in diesen Ausdrucksformen das allein entscheidende Moment zu sehen. Bei zahlreichen Anhängern der historischen Romanistenschule entwickelte sich die Auffassung, das Rechtsbewusstsein des Volkes beziehe sich von Haus aus auf jene begrifflichen und bildlichen Vorstellungen und auch bei den rechtproduzierenden Juristen geben derartige vermeintliche Grundanschauungen den Ausschlag. Deshalb gelte es in erster Linie eben jene Grundanschauungen oder Grundbegriffe ausfindig zu machen.[47])

Bei den Fällen, in denen das Gesetz sich einer der geschilderten Ausdrucksformen bedient hatte, blieb man indessen keineswegs stehen. Man nahm an, dass die rechtsproduzierenden Faktoren auch unbewusst von solchen Vorstellungen beherrscht werden könnten und suchte nach denselben auch da, wo die äussere Gestaltung des gesetzgeberischen Ge-

47) Der geschilderten Auffassung ist auch in neuester Zeit wiederum ein deutlicher Ausdruck gegeben worden durch Sohm (über Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28, S. 176) in folgenden Worten: „Die Grundbegriffe wohnen in den Tiefen des Rechts, die von Wind und Wellen der Gegenwart nicht bewegt werden." — „Die Grundbegriffe sind von eherner, den Jahrhunderten trotzenden Dauerkraft. Ihre Umbildung ist eine allmähliche kaum wahrnehmbare, in Weltperioden sich vollziehende." — „Sie gehorchen lediglich den elementaren Naturkräften, welche die ganze Rechtswelt auf ihren Schultern tragen, den innersten Rechtsüberzeugungen der Nation, die aus der Entwicklungsstufe des Volkslebens mit Notwendigkeit hervorgehen, dem Gesetzgeber gehorchen sie nicht." — Wie sich diese Sätze vereinigen lassen, mit den vorausgegangenen durchaus klaren und richtigen Ausführungen des Verfassers, die dahin gehen, dass auch die Grundbegriffe gebildet werden müssen auf Grund positiver Rechtssätze, ist schwer einzusehen. Jene Rechsstätze, die für die Grundbegriffe massgebend sind, und die nach Sohm einen unbewussten Gesetzesinhalt bilden, lassen sich doch wohl nur abstrahieren aus Einzelsätzen des Gesetzes. Richtig ist allerdings, dass je weiter man in der Abstraktion sowohl bei den Rechtssätzen als bei den Rechtsbegriffen geht, desto eher sich eine Konstanz nachweisen lässt.

dankens dazu keinen Anlass bot. Beispiele solcher Jurisprudenz sind jedem Zivilisten in Menge geläufig. Das berüchtigtste ist wohl der Streit um die Korrealobligation, der Streit, ob dieselbe aufzufassen sei als eine einheitliche Obligation mit Mehrheit der subjektiven Beziehungen oder ob man mehrere Obligationen auf dasselbe Ziel vor sich habe. Von dem Boden jener Anschauungsweise aus hat man ferner gefolgert, da die Römer bei dem vom Gläubiger genehmigten Eintritt eines neuen Schuldners an Stelle des alten die Vorstellung zu Grund legen, es entstehe eine neue Obligation unter gleichzeitiger Tilgung der alten, so sei es eine grobe Inkonsequenz, wenn sie die Möglichkeit eröffnen, das vom alten Schuldner bestellte Pfand weiter haften zu lassen. In Wahrheit ist dies die der gewöhnlichen Interessenlage am besten entsprechende Bestimmung und die Römer liessen sich durch die Anschauungsform der Novation nicht irre machen, sie zu geben.

In dieser Gedankenrichtung ist nun auch Windscheid vollständig befangen. Ganz deutlich tritt das in seiner Schrift über die „actio“ hervor, in der sich die ganze Untersuchung überwiegend um solche Fragen dreht, ob die Römer die Klage als einen Ausfluss des Rechts betrachtet, ob sie bei Cession und Schuldübernahme den Successionsgedanken zu Grund gelegt haben oder nicht. In einer Abhandlung über die Korrealobligation[48]) finden wir sogar, dass er den Willen der vertragsschliessenden Parteien darauf untersucht, ob eine Obligation von dem Hauptschuldner auf den Bürgen erstreckt werden, oder ob letzterer als zweiter Schuldner auf das Ganze selbständig neben den ersten treten soll. Vor allen Dingen aber hat er in den Pandekten, in denen

48) Ges. Reden und Abhandl. S. 261.

wir dieser Auffassungsweise auf Schritt und Tritt begegnen, derselben ein dauerndes Denkmal gesetzt und einen weitgehenden Einfluss, der heute noch fordauert, gesichert.

Hier darf die Losung für die Zukunft nun schlechterdings nicht lauten: Zurück zu Windscheid[49]), sie kann nur lauten: Befreiung von ihm und fort mit dieser Art von Begriffsjurisprudenz.

Grundsätzlich ist zu betonen, dass die Rechtssätze beruhen auf Interessenabwägungen und Schlichtung von Interessenkonflikten. Dieses teleologische Moment ist zu allen Zeiten in letzter Linie massgebend gewesen, und je weiter die Rechtsentwicklung vorschreitet, je klarer man sich der entscheidenden Triebkräfte und der anzustrebenden Ziele bewusst wird, desto mehr muss es auch die Detailgestaltung beherrschen. Erscheinen die grundlegenden Interessenabwägungen in Bilder eingekleidet oder sind sie durch Vermittlung bestimmter technischer Begriffe zum Ausdruck gebracht, so ist immer zu untersuchen, wie weit die Interessenregulierungen reichen, von denen das Gesetz ausging. Unter Umständen kann man allerdings zu dem Resultat kommen, dass im Sinn des Gesetzes sämtliche, auch die nicht im einzelnen überschauten Konsequenzen einer bestimmten Ausdrucksweise gezogen werden sollen, etwa weil man allein auf diesem Weg Rechtssicherheit glaubte erlangen zu können. Allein die Regel ist das in einem entwickelten Recht wie unserem heutigen nicht. Für die Regel ist vielmehr daran festzuhalten, dass nicht bedachte Interessenkollisionen auch nicht durch die Ausdrucksweise normiert werden sollten, sondern dass hier der Richter zu entscheiden hat, entweder unter Anlehnung an andere ge-

49) Oertmann a. a. O. S. XXXVI.

setzlich vorgenommene Abwägungen oder, wo das nicht möglich, mittelst sog. freier Rechtsfindung. Diese Betrachtungsweise ist selbst da noch zulässig, wo durch das Gesetz selbst eine bestimmte an sich fest fixierte technische Normierung auf neue Fälle übertragen wird, bei denen man zur Zeit nur konstatiert hat, dass sie in einer Reihe von Richtungen jener Normierung unterstellt werden können. Auch hier ist es möglich zu sagen, an diese bestimmte Interessenkollision hat man nicht gedacht, über sie sollte keine Entscheidung getroffen werden[50]. Ganz und gar auszuschliessen ist die Begriffsjurisprudenz, die gar nicht mehr an gesetzliche Ausdrucksformen anknüpft, sondern nach konstruktiven Vorstellungen sucht, die den Gesetzgebern oder rechtsproduzierenden Faktoren allenfalls vorgeschwebt haben könnten.

Im Einzelnen mag nun freilich die Grenzlinie, bis zu der die im Gesetz enthaltene Interessenregulierung reicht, oft schwer zu ziehen sein. Je fester ausgeprägt der technische Begriff des Gesetzes ist, desto weniger leicht wird man sich zu einer erneuten Interessenabwägung unter Preisgebung des Gesetzeswortlauts entschliessen. Anzuerkennen ist auch, dass die Interessenabwägung, namentlich wenn sie sich innerhalb der freien Rechtsfindung, d. h. ohne Anlehnung an vorhandene Wertungen des Gesetzes, zu vollziehen hat, erheblich schwieriger ist, als das Konsequenzziehen aus festen Begriffen. Deshalb wird durch jede Konzession, die man der teleologischen Jurisprudenz

50) Das traf bei zahlreichen Fiktionen zu, die im Lauf der Rechtsgeschichte aufgestellt worden sind. Es dürfte auch zutreffen, wenn das B.G.B. die Grundsätze der Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung auf die abstrakten Schuldverpflichtungen übertragen hat. (Siehe darüber meine Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse nach dem B.G.B.).

macht, die Gefahr der Rechtsunsicherheit gesteigert. Daraus erklärt sich die Opposition, die sich immer und immer wieder aus den Kreisen der Praxis, insbesondere der Anwälte, gegen die Interessenjurisprudenz erhebt. Der im Drang der Geschäfte befindliche Praktiker, der genötigt ist, innerhalb verhältnismässig kurzer Zeit eine Entscheidung zu fällen, hat oft nicht die Möglichkeit, die für die selbständige Interessenwertung erforderlichen Erwägungen in genügendem Umfang anzustellen. Schon aus diesem Grund wird er es stets vorziehen mit festen markigen Knochen auf dem wohlgegründeten Boden technisch gefassten Rechts zu stehen.

Trotzdem wird sich die grundlegende Erkenntnis, dass in letzter Instanz doch immer Interessenabwägungen entscheiden müssen, und dass auch die Rechtsprechung auf Schritt und Tritt genötigt ist, solche Interessenwertungen vorzunehmen, auf die Dauer nicht hintanhalten lassen. Es ist zu hoffen, dass, so lange wir keine zentrale Rechtsschöpfungsinstanz nach Art des honorarischen Rechts der Römer ausgebildet haben [51]), der Fortschritt der in richtige Bahnen gelenkten Wissenschaft und die Praxis der höchsten Gerichte auch auf dem Gebiet der freien Rechtsfindung die nötigen Stützpunkte für die „unsichern Sohlen“ schaffen wird.

---

51) Vergl. darüber Heck in einem Vortrag vor der Berliner jur. Gesellschaft, gehalten am 17. Februar 1906 über Fortbildung des Rechts auf dem Wege der Rechtsverordnung. (Bericht der jur. Gesellsch. von 1906.)





